

CONCEPTO DE SEXO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO EUROPEO: LA CONTRADICTORIA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN EL ASUNTO GRANT RESPECTO DE SU JURISPRUDENCIA EN EL ASUNTO P./S.

Luis Peral Fernández

*Derecho Internacional Público
Universidad Carlos III*

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.*—2. *Ampliación pretoriana del concepto de sexo aplicable en el Derecho social comunitario.* 2.1. El fallo del TJCE en el Asunto P./S. 2.2. El alcance de la jurisprudencia P./S. del TJCE.—3. *Discriminación pretoriana por razón de la identidad sexual en el Derecho social comunitario.* 3.1. Los hechos en el Asunto Grant y la jurisprudencia P./S. 3.2. El fallo del TJCE en el Asunto Grant. 3.3. La contradictoria *ratio* entre el fallo en el Asunto Grant y la jurisprudencia P./S.—4. *Razones y remedios de la discriminación del no transexual y, en particular, del homosexual respecto del transexual en el Derecho social comunitario.* 4.1. Razones de la discriminación. 4.2. Remedios de la discriminación.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Sentencia TJCE de 30 de abril de 1996, *P./S. y Cornwall County Council*¹, parecía inaugurar una línea jurisprudencial relativa al alcance de

¹ Asunto C-13/94, Rec. 1996, I-2159.

la regla de no discriminación por razón de sexo en el ámbito social del Derecho comunitario europeo, pero el Tribunal no ha mantenido después, en la Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Lisa Jacqueline Grant/ South West Trains Ltd.*², los criterios generales que consideramos implícitos en aquel novedoso razonamiento jurídico. En nuestra opinión, la novedad del fundamento de la Sentencia en el *Asunto P./S.* consiste en la ampliación del concepto de sexo sobre el que la no discriminación proyecta su efecto protector. Y nuestro propósito es demostrar que el Tribunal, habiendo realizado esa ampliación de un modo que estimamos *irreversible* en el ámbito considerado, eludió o ignoró mediante el fallo en el *Asunto Grant* las consecuencias que se desprenden de su propia jurisprudencia. Así, cabría concluir que la Sentencia *Grant* admite lo que puede calificarse como discriminación a la luz del concepto jurisprudencial o pretoriano de sexo utilizado en la Sentencia *P./S.*

Aun cuando en general se considera que el TJCE no está vinculado —puesto que no se considera a sí mismo vinculado— por su propia jurisprudencia respecto de asuntos futuros, no sería erróneo afirmar que el fundamento de la Sentencia *P./S.* forma parte de una especial *jurisprudencia comunitaria* que vincula pese a todo al Tribunal. De acuerdo con criterios interpretativos que deben aplicarse a las normas internacionales de derechos humanos, está prohibida, en cada sistema jurídico, cualquier interpretación que restrinja la protección derivada de estándares jurisdiccionales previamente reconocidos³; en consecuencia, quedaría excluida toda inter-

² Asunto C-249/96, Rec. 1998, I-636.

³ En el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, impera una interpretación que la doctrina ha calificado de evolutiva, dinámica, y siempre progresiva. Desde una perspectiva que pone en relación los distintos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, *vid.* las consideraciones sobre la interpretación en CANÇADO TRINIDADE, A. A.: «Co-existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)», en *R. C. A. D. I.*, 202-II, 1987, p. 91 y ss.; *vid.* también un análisis de estos criterios de interpretación, tal y como resultan ser aplicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en JACOBS, F. G. y WHITE, R. C. A.: *The European Convention on Human Rights*. Londres: Clarendon Press, 2.ª ed., 1996, pp. 26 y ss. En particular, el *objeto y fin* de los tratados internacionales sobre derechos humanos impediría cualquier presunción de que las obligaciones hayan de ser restrictivamente interpretadas por razón de que suponen una merma de la soberanía de los Estados (cfr. JACOBS, F. G. y WHITE, R. C. A., cit., p. 31). Según J. G. MERRILLS, la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos se realiza de modo que sus disposiciones tengan «the fullest weight and effect consistent with the language used and with the rest of the text and in such a way that every part of it can be given meaning» (cfr. *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*. Manchester, 1988, p. 98), y no cabría desde ese momento el retroceso. Tal y como lo ha expresado P. NIKKEN, «la interpretación restrictiva del régimen de protección estableci-

pretación más restrictiva de un concepto cuyo establecimiento por sentencia hubiera permitido ampliar el alcance protector del principio de no discriminación en supuestos futuros. Adoptada esta premisa como punto de partida, la argumentación jurídica se realiza aquí con independencia de la opinión que puedan merecer los fallos del TJCE en cada uno de los Asuntos cuya *ratio* jurídica contraponemos. Más aún, el hecho de aceptar en última instancia la *razonabilidad* del fallo en el *Asunto Grant*, desde consideraciones éticas o sociales o desde otras consideraciones extrajurídicas, en nada impediría a nuestro juicio desvelar que ese fallo contradice el sentido protector de la *jurisprudencia P./S.*

Al efecto, la cuestión central estriba en el contenido jurisprudencial del concepto que expresa la situación o condición de las personas que se estiman protegidas por la regla de no discriminación; en este caso, una vez determinado el *concepto de sexo* que fuera implícitamente construido por el propio Tribunal en la jurisprudencia *P./S.*, basta con aplicar la regla en su versión más sencilla para poner de manifiesto la incoherencia de la posterior Sentencia *Grant*⁴. De este modo, se confirmaría que tanto los desarrollos jurisprudenciales como los legislativos y doctrinales relativos a la no

do por las convenciones sobre derechos humanos no está en modo alguno autorizada por éstas y resultaría contradictoria con principios precisamente recogidos en esos instrumentos» (*La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: Civitas, 1987, p. 99).

⁴ No es preciso indagar en técnicas más complejas de protección frente a la discriminación por razón de sexo, aun cuando debamos aludir, respecto de las posibles repercusiones de la Sentencia *Grant*, a los binomios discriminación directa/indirecta, intencional/no intencional, e incluso a la discriminación «inversa» por razón de sexo. Sobre la definición y aplicación de algunas de estas técnicas en el Derecho social comunitario *vid. ad. ex.* PRECHAL, S. y BURROWS, N.: *Gender Discrimination Law of the European Community*. Aldershot: Dartmouth, 1990, y, respecto de los últimos pronunciamientos del TJCE, sobre todo en materia de discriminación positiva, *vid.* MILLÁN MORO, L.: «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial (Comentario a las Sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, *Kalanke*, y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, *Marshall*)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, enero-junio, 1998, p. 173 y ss.; SHIECK, D.: «Sex Equality Law After *Kalanke* and *Marshall*», en *European Law Journal*, vol. 4, núm. 2, 1998, p. 148 y ss.; y CHARPENTIER, L.: «The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action», en *European Law Journal*, vol. 4, núm. 2, 1998, p. 167 y ss. Con un carácter más general, *vid.* BARBERE UNZUETA, M. A.: *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997; y el análisis centrado en la jurisprudencia constitucional española REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill, 1995. En este marco del principio de no discriminación por razón de sexo —no nos referimos aquí a la extensión legislativa de ciertos derechos—, la protección de los transexuales protagoniza hoy los más avanzados desarrollos jurisprudenciales y doctrinales; *vid.* la reciente aportación, centrada en la situación española, LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.: *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

discriminación por razón de sexo «dependen, en última instancia, del concepto de sexo que se formule»⁵.

La regla básica de no discriminación o igualdad *formal* establece la obligatoriedad de la igualdad de trato en favor de al menos dos categorías de personas, definidas en relación con el motivo que en Derecho se considera origen de una discriminación existente de hecho, y que comprenden el conjunto de personas humanas, sujetos jurídicos del ordenamiento. Tales categorías adquieren así definiciones que pueden considerarse homogéneas, y pasan a ser jurídicamente equiparables o análogas en el sentido de que cada una ha de recibir el trato más favorable conferido a cualquiera de las demás. En el supuesto más simple, A debe recibir el trato X para no ser objeto de discriminación respecto de B, que venía recibiendo o que recibe el trato X, donde A y B son categorías homogéneamente definidas en las que pueda subsumirse el conjunto de sujetos jurídicos; pero B debe recibir o seguir recibiendo el trato X para no ser a su vez objeto de discriminación respecto de A. Sólo cabe, por tanto, no discriminar a una persona incluida en una categoría jurídicamente establecida confiriéndole el mejor trato otorgado a las personas incluidas en otra categoría que sea homogénea por lo que hace al motivo específico de discriminación. Si se trata de dos categorías, el motivo de la (no) discriminación permitirá siempre definir cada una a la inversa respecto de la otra, de modo que la protección conferida alcance al conjunto de los sujetos de Derecho⁶.

Establecidos así los parámetros de aplicación de la regla de igualdad formal, el alcance de la no discriminación por razón de sexo depende, decíamos, del contenido que se atribuya al concepto de sexo. En este sentido, el hecho de que ningún ordenamiento jurídico contemporáneo explícitamente defina el sexo pone a la jurisprudencia en el brete de precisar qué se entiende jurídicamente por sexo⁷. Las bases científicas de la terminología y los razonamientos jurisprudenciales contenidos en los Asuntos que nos ocupan ofrecen hoy dos conceptos de sexo que obedecen a sendas y muy distintas concepciones: el sexo propio de la constitución física o fisiológica

⁵ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., cit., p. 101 y doctrina en nota 16, si bien el autor limita la afirmación a la transexualidad como expresión principal de los problemas de identidad sexual.

⁶ Nada impide, por lo demás, circunscribir el funcionamiento de la regla a un sector jurídico, y por ende a los sujetos que le son propios, pero la fuerza expansiva del principio de no discriminación, que es *horizontal y estructural* en el ámbito de los derechos humanos, hace que las correspondientes categorías tiendan a penetrar con el tiempo en todos los sectores del ordenamiento.

⁷ Cfr. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., cit., p. 39.

del individuo, que denominamos *sexo orgánico*; y el sexo propio de la conciencia individual, que, coincida o no con el sexo orgánico, denominamos *identidad sexual*. Siendo la genitalidad «exclusivamente biológica», el sexo orgánico designaría las «connotaciones anatómicas, fisiológicas o genéticas distintas del hombre y la mujer»⁸, mientras que la identidad sexual de una persona deriva de su *sentimiento* de pertenencia a un sexo orgánico, sea el propio o el contrario, designando así el sexo resultante tanto de la biología, en cuanto que configura o conforma la *sique* humana, como del *entorno social* en su sentido más amplio⁹. Tal y como aquí se utiliza, la expresión *identidad sexual* alude sólo al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo orgánico, excluida por tanto cualquier consideración atinente a la *orientación sexual*; es decir, a la práctica homo o heterosexual de la persona en cuestión.

La ausencia de definición legal de sexo a pesar de los avances científicos parece indicar que el legislador sigue apegado al concepto de sexo simplemente como sexo orgánico, cuya determinación puede realizarse por terceros mediante «comprobación», trátese de una mera inspección ocular o del más sofisticado análisis anatómico o genético. Entretanto, ante los supuestos de conflicto entre el resultado de esa comprobación externa y la manifestación del individuo respecto de su pertenencia a uno u otro sexo, sólo la jurisprudencia puede otorgar prioridad y protección en Derecho a la identidad sexual¹⁰. Así lo ha hecho el TJCE en el primero de los asuntos que nos ocupan.

⁸ Las expresiones entrecomilladas proceden de PELLEGRINI, R: voz «Sessualità», en *Noviss. Dig. Ital.*, tomo XVII, UTET, Turín, 1970, citado en LÓPEZ-GALIACHO PERONA, cit., p. 37 y nota 1.

⁹ «De la conjunción del sexo psicológico y sociológico nace en el sujeto lo que se conoce como su identidad sexual (o de género) o sentimiento íntimo y también exteriorizado de pertenecer a una u otra clasificación sexual» (LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., cit., p. 52). Tendremos ocasión de comprobar cómo este concepto se refleja sobre todo en las Conclusiones del Abogado General Sr. G. Tesaurro relativas al *Asunto P./S.*, pero adelantemos un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia *Sheffield y Horsham*, de 30 de julio de 1998: «l'attitude des autorités de l'Etat défendeur, qui se refusent pour l'heure à admettre que le sexe cérébral constitue un déterminant essentiel du sexe d'un individu, ne saurait être critiquée comme déraisonnable» (pár. 56, Sentencia en el Asunto 31-32/1997/815-816/1018-1019, no publicada; la cursiva es mía). En la misma Sentencia, se afirma que «la substance desdits griefs concerne la persistance des autorités à déterminer le sexe exclusivement d'après des critères biologiques et à proclamer l'immutabilité des informations relatives au sexe une fois celles-ci consignées dans le registre des naissances» (*ibid.*, pár. 53; la cursiva es mía).

¹⁰ Ello no significa en modo alguno desterrar el concepto de sexo orgánico. Las posiciones favorables al llamado «derecho a la identidad sexual» se apoyan en datos y avances científicos para dar cobertura a la propia identificación sexual sin negar el excelente «efecto pronosticador» de la comprobación de la genitalidad, de modo que las pruebas neuroanatómicas acaban siendo en Derecho meras presunciones *iuris tantum* (cfr. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., cit., p. 108 y 109). Desde luego, y por eso es excelente el efecto pronosticador, sexo orgánico e identidad sexual coinciden en la inmensa mayoría de los casos.

2. AMPLIACIÓN PRETORIANA DEL CONCEPTO DE SEXO APLICABLE EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

2.1 El fallo del TJCE en el *Asunto P./S.*

P., administradora de un centro docente dependiente del *Cornwall County Council*, recibió la notificación de su despido tras haber comunicado al empleador su intención de someterse a una operación de cambio de sexo, y habiéndose sometido ya a una serie de operaciones quirúrgicas de carácter menor; la «operación definitiva» tuvo lugar antes de llevarse a cabo el despido, pero después que éste hubiera sido notificado. Considerándose víctima de una discriminación por razón de sexo, P. interpuso un recurso contra la autoridad administrativa del centro docente ante el *Industrial Tribunal* de Truro, que a su vez planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*¹¹. El principal fundamento jurídico de la correspondiente Sentencia establece que «cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación»¹². Y, a la luz del razonamiento iniciado por el Tribunal, cabría presumir el carácter desfavorable del mismo trato también frente a las personas del sexo (orgánico) al que se consideraba que esa persona pertenecía antes de manifestar su intención de someterse a una operación de cambio de sexo (orgánico)¹³. La presunción no es sin

¹¹ Cfr. párrafos 1 a 5 de la Sentencia; nótese que el Tribunal atribuye el género femenino a P., cuyo sexo orgánico es masculino.

¹² Párrafo 21, segundo inciso.

¹³ En el caso concreto, según el relato de los hechos que realiza el TJCE, P. había comenzado a vestirse y comportarse como mujer y se había sometido a «una serie de operaciones quirúrgicas de carácter menor» cuando la notificación del despido se produjo, pero todavía no se había sometido a la «operación definitiva» (cfr. pár. 3 y 4). ¿Hubiera amparado el Tribunal la decisión de P. de interrumpir en ese momento el proceso de cambio de sexo? Más aún: ¿cabe afirmar en Derecho laboral comunitario la discriminación de un transexual que, habiendo sido despedido/a en relación con su voluntad de iniciar el proceso de cambio de sexo, no haya iniciado siquiera las operaciones que podrían denominarse «fase quirúrgica» de ese proceso? Desde luego, el llamado «síndrome de la transexualidad» es necesariamente *anterior* a las operaciones llamadas de «cambio de sexo», y su existencia en nada

embargo relevante para establecer el concepto *ampliado* de sexo que subyace al fundamento literalmente transcrito.

El Abogado General Sr. G. Tesaurio no había solicitado en realidad al Tribunal que diese un paso definitivo o *irreversible* hacia la redefinición del concepto de sexo en el ámbito del Derecho social comunitario, cuyas bases jurídicas se contienen en el Título VIII del Tratado de la Comunidad Europea (*Política social, de educación, de formación profesional y de juventud*)¹⁴. En sus Conclusiones, el Abogado General comenzaba afirmando que «el sexo en sí debería ser considerado como un *continuum*», de modo que «no sería correcto... negar protección a aquellas personas que también (junto a mujeres y/u hombres en sentido *orgánico*) reciben un trato menos favorable precisamente a causa de su sexo y/o identidad sexual»¹⁵, y que las causas de la transexualidad –sean «disfunciones biológicas que ya están presentes al nacer», sean «trastornos psicológicos relacionados con el

depende de la posibilidad de adoptar la decisión personal e intrasferible de someterse a la «operación definitiva». La evolución hacia el reconocimiento de la identidad sexual de los transexuales es demasiado reciente para que la jurisprudencia deje de ser no sólo cautelosa, sino titubeante –considérese el razonamiento inconcluso del Tribunal– y hasta timorata. También la doctrina favorable a ese reconocimiento suele exigir que el transexual se haya sometido previamente a la operación de cambio de sexo, refiriéndose sin duda a lo que el Tribunal denomina «operación definitiva». J. LÓPEZ-GALIA-CHO PERONA, que remite a esa doctrina, considera que tal operación ha de ser «generalmente» exigida para proceder al reconocimiento de la identidad sexual, pero no indica cuáles deban ser los casos excepcionales (cfr. cit., p. 111; adviértase que el autor otorga así, generalmente, relevancia jurídica a lo que en otro lugar considera «artificial» respecto del problema de los transexuales –cfr. *ibid.* nota 2 en p. 98–).

¹⁴ En particular, se trata de la aplicación directa del artículo 119 (principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos), así como de aquellas normas de Derecho comunitario derivado adoptadas en virtud de los artículos 117 a 127 del Tratado de la Comunidad Europea tal y como fue modificado por el Tratado de la Unión Europea; entre ellas, las relativas a la salud y seguridad en el trabajo (art. 118 A), al fomento de la cooperación entre los Estados para lograr una enseñanza de calidad (art. 126), y a la política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados Miembros (art. 127). Desde que el Tratado de Amsterdam entró en vigor, esa interpretación afecta al Título IX TCE, que sustancialmente recoge lo previsto en el antes vigente Título VIII. En cuanto al artículo 119 TCE, el Tribunal ha declarado su aplicabilidad directa en casos de discriminación directa y respecto de todas las relaciones de trabajo existentes en el marco de cada Estado Miembro (*vid.* Sentencia de 8 de abril de 1976, en el *Asunto Defrenne II*), incluyendo después los supuestos de discriminación indirecta, en los que recae sobre la empresa la prueba de que la práctica salarial no es discriminatoria desde el momento en que el trabajador femenino acredita que la remuneración media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los masculinos (*vid.* un análisis de la jurisprudencia relevante en DÍEZ DE VELASCO, M.: «La Declaración de los derechos y libertades del Parlamento Europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, núm. especial «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia», 1984, pp. 8 y ss.).

¹⁵ Rec. 1996, I-2143; cfr. párrafo 17, 1.

entorno»— sólo son relevantes respecto de su efecto común consistente en el hecho de que «el sexo biológico y la identidad sexual no coinciden»¹⁶. Pero el Abogado, basándose luego en la «inmemorial» tradición de determinar el sexo mediante una mera «comprobación»¹⁷, se limitó a pedir al Tribunal que remediase una *injusticia* en el caso concreto, una injusticia basada en razones esencialmente atinentes al sexo¹⁸. Al efecto, desvelando que tales razones remitían a la identidad sexual, ofrecía un solo dato: «P. no habría sido despedida si hubiera conservado el sexo masculino»¹⁹. El Sr. G. Tesauro proponía el amparo de una *causa justa* aunque «las “mujeres transexuales” no recib[iesen] un trato diferente de los “hombres transexuales”» en el Derecho social comunitario²⁰. Ahora bien, sólo la redefinición jurisprudencial del concepto de sexo permitiría en sentido técnico-jurídico afirmar la discriminación de P. respecto de quienes no presentan un conflicto entre identidad sexual y sexo orgánico. Y el Tribunal salvó en una sola afirmación —aun incompleta respecto de los transexuales no operados— la enorme distancia que media entre los conceptos de *sexo orgánico* y de *identidad sexual*.

El Tribunal desestimó la posibilidad de acudir a una especie de *solución de equidad* respecto de P. por una razón contundente: «la Directiva [76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976] no es sino la expresión, en el ámbito considerado, del principio de igualdad que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario»²¹; «[a]demás, como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia»²². El Tribunal admitía así que interpretar ese principio/derecho en el marco de la Directiva no es sino interpretar el alcance de la no discriminación por razón de sexo «en el ámbito [social] considerado» del Derecho comunitario. No ignoraba el Tribunal que los fundamentos de la Sentencia habían de sentar jurisprudencia, que tales son las consecuencias de interpretar un concepto sobre el que ha de aplicarse el principio *horizontal* y *estructural* de no discriminación.

¹⁶ Cfr. párrafo 8, 2.

¹⁷ Cfr. párrafo 17, 2.

¹⁸ Vid. especialmente párrafo 24 de las Conclusiones.

¹⁹ Párrafo 18, 2.

²⁰ Cfr. párrafo 18, 1 en relación con los razonamientos previamente destacados.

²¹ Párrafo 18.

²² Párrafo 19.

2.2 El alcance de la *jurisprudencia P./S.* del TJCE

No habiendo sido P. discriminada por razón de su *sexo orgánico*, la decisión favorable a sus intereses necesariamente implica la protección de la *identidad sexual* de P. y de todos quienes sean o puedan ser P. La discriminación de P. no obedece al hecho de ser orgánicamente una mujer, porque no lo es pese a la operación llamada de «cambio de sexo», sino al hecho de que P. se *siente* mujer y quiere ser mujer. En los términos que utiliza el Tribunal comunitario, la discriminación obedece a su sentimiento de no pertenencia al sexo (orgánico) al que se consideraba (criterio de la comprobación) que pertenecía antes de ser operada²³. Respecto de la identidad sexual como *sentimiento de pertenencia* al sexo orgánico opuesto, el TJCE transcribía un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia en el *Asunto Rees*, de 17 de octubre de 1986: «se entiende usualmente por “transexuales” aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el *sentimiento* de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente un grupo bien determinado y definible»²⁴.

²³ Adviértase que hemos debido adaptar ligeramente el argumento central, ya transcrito, del Tribunal. Lo que el Tribunal dice en realidad, lo que se deduce de la literalidad, es que P. resulta discriminada frente a los hombres (sexo al que se consideraba que pertenecía) cuyo sexo orgánico e identidad sexual coinciden, pero ese argumento es falaz: ¿acaso no cabe afirmar que P. es (también) objeto de discriminación frente a las mujeres que no desean cambiar de sexo orgánico y no han sido despedidas? Desde luego, el despido no obedece en el asunto sometido al Tribunal a que el empleador desee contratar trabajadores hombres —es decir, del sexo al que se consideraba que P. pertenecía antes de la operación—, deseo que por lo demás resulta en general contrario al principio de no discriminación por razón de sexo (orgánico). Aun cuando se considere a P. como persona de sexo orgánico femenino en virtud de una ficción jurídica, P. no habría sido discriminada por ser orgánicamente mujer, sino por haberse «convertido» en una mujer en sentido orgánico. La «conversión» configura una categoría de personas que no es homogénea respecto de las configuradas por razón del sexo orgánico originario; en esa categoría se encuentran todas las personas con sentimiento de pertenencia al sexo orgánico opuesto que se sometan a un proceso de cambio de sexo. No es necesario establecer dos categorías (transexual femenino y transexual masculino) para aplicar idéntico criterio de discriminación, mientras que la aplicación de criterios distintos sería contraria al principio de no discriminación por razón de sexo orgánico. En este sentido, el pronunciamiento literal del Tribunal en nada afecta a los razonamientos que aquí se realizan, y evitamos por ello la duplicación de esfuerzos para cada una de las comparaciones entre la situación de transexuales y no transexuales.

²⁴ Cfr. párrafo 16; la cursiva en la transcripción es mía. Nótese que el TEDH comienza destacando el *sentimiento* y la *intención* de cambiar de sexo y acaba incluyendo en el grupo relevante sólo

La discriminación de P. se ha producido por razones atinentes a su *identidad sexual*, y el remedio consiste precisamente en hacer prevalecer esa identidad sexual frente a su *comprobable* sexo orgánico. El TJCE realiza en este sentido una ficción jurídica: P. no pertenece ahora en Derecho social comunitario a su sexo orgánico originario (sexo al que, según el Tribunal, «se consideraba» que pertenecía), sino al que ella siente pertenecer. Pero el sexo orgánico de P. sigue siendo el mismo antes y después del proceso llamado de «cambio de sexo», puesto que cualquier duda relacionada con su nueva apariencia externa quedaría despejada mediante un análisis de sus cromosomas sexuales. Tal y como el TEDH afirma en su reciente Sentencia en el Asunto *Sheffield y Horsham/ Reino Unido*, de 30 de julio de 1998, «il demeure toujours établie qu'une opération de conversion sexuelle n'entraîne pas l'acquisition de tous les caractères biologiques du sexe opposé, nonobstant les progrès scientifiques en matière de procédures de conversion sexuelle»²⁵.

Junto a ello, parece evidente que el TJCE no protege frente a la discriminación debida a una nueva apariencia física, sino frente a la discriminación debida a la conciencia o al «sentimiento» que motivaron esa nueva apariencia. Desde luego, el *proceso de cambio de sexo*, que incluye tratamiento psicológico, ingestión de hormonas y toda una serie de operaciones quirúrgicas, sólo cobra relevancia jurídica en la medida en que responde a las exigencias de la *identidad sexual*, mientras que no resulta congruente con esa protección de la conciencia denegar una semejante protección a quienes, deseándolo, no puedan someterse por ejemplo a la fase quirúrgica del proceso, sea por indicación médica relacionada con el riesgo a la salud, sea —en aquellos Estados Miembros donde no tenga carácter gratuito— por falta de recursos económicos de la persona en cuestión²⁶. Más aún, basta-

a los «transexuales operados». En particular, la expresión «por consiguiente» resulta ser incongruente con la afirmación que la precede. La razón parece cifrarse en que los transexuales operados constituyen un grupo «definible», aun cuando consideramos que se trata de una rémora del viejo criterio de la comprobación; en este caso, respecto de la apariencia de los «órganos sexuales externos» resultante de la operación.

²⁵ Cit., párrafo 57 *in fine*.

²⁶ No existe una operación de cambio de sexo, sino un largo y complejo *proceso* de cambio de sexo que incluye, además del previo tratamiento psicológico, un prolongado tratamiento hormonal y toda una serie de operaciones que en ningún caso pueden denominarse «estéticas». Entre estas últimas, la extirpación del pene y la «construcción» de la vagina en quienes son orgánicamente hombres o la implantación o «construcción» del pene en quienes son orgánicamente mujeres no constituyen en términos generales la preocupación primordial de los/las pacientes.

ría, o debiera bastar, con que la conducta que en adelante ha de estimarse discriminatoria guardase relación con la manifestación del deseo de someterse a una operación de cambio de sexo o del sentimiento de pertenencia al sexo orgánico opuesto, incluso con las correspondientes presunciones por parte del empleador basadas en conductas o apariencias que se consideren propias del sexo orgánico opuesto. En otro caso, la carga de la prueba que pesa sobre la persona que se considera discriminada por razón, en definitiva, de su conciencia podría ser no sólo desproporcionada, sino incluso *insoportable*; piénsese, decíamos, en quienes ni siquiera pueden llevar a cabo el proceso de cambio de sexo que su «identidad» les dicta²⁷. Y piénsese en los transexuales que desean someterse y se someten a un proceso de cambio de sexo excluida la modificación quirúrgica de la apariencia de sus órganos sexuales: ¿acaso el Tribunal pretende hacer depender el carácter discriminatorio del despido de P. en el efectivo sometimiento a la operación más íntima y menos «visible» para terceros?, ¿acaso la protección frente a la discriminación establecida en esos términos no colisiona con los derechos más directamente vinculados a la dignidad de la persona? Sea como fuere, el impreciso alcance de la Sentencia en este sentido no afecta, tal y como advertíamos, a la contradicción que consideramos patente entre las Sentencias *P./S* y *Grant*.

El criterio que resulta ser aplicado por el Tribunal ha de tener necesariamente, porque tal es el efecto propio del principio de no discriminación, un alcance general. Así, donde el Derecho social comunitario diga «no discriminación por razón de sexo», debe entenderse que dice «no discriminación por razón de sexo orgánico y/o de identidad sexual» como sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo orgánico. El concepto de sexo ha debido

²⁷ Precisamente en materia de no discriminación por razón de sexo, la tendencia en Derecho comunitario es invertir esa carga en favor de quien presenta la denuncia; *vid.* Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, *relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo* (DOCE L 14/6), y téngase en cuenta que, al menos en el ámbito social, esa Directiva subsume la protección de la identidad sexual a la luz de la jurisprudencia *P./S.* Según el artículo 4.1 de la Directiva, y antes del 1 de enero del año 2001 según su artículo 7, «[l]os Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere [por razón de su sexo] perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, correspondan a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato» (*vid.* también Directiva 98/52/CE del Consejo, de 13 de julio de 1998 –DOCE L 205/66–, que amplía la aplicación de la antes citada al Reino Unido, confiriéndole una extensión de 6 meses por lo que hace al plazo de trasposición).

ser, por tanto, ampliado de modo *irreversible* en el ámbito social comunitario para incluir la identidad sexual individual, al menos en su relación con el sometimiento a una operación de cambio de sexo, y cualquier otra conclusión podría considerarse atentatoria contra el principio de no discriminación. Razonemos a la inversa, aun cuando se trate de una hipótesis remota: si un empresario anuncia que se propone despedir a los trabajadores, sean hombres o mujeres, que no quieran someterse a una operación de cambio de sexo, la misma regla de no discriminación por razón de la identidad sexual establecida en la *jurisprudencia P./S.* protegería ahora a los hombres y mujeres no transexuales. Precisamente en eso consiste una regla que establece la obligatoriedad de la igualdad de trato entre al menos dos categorías de personas homogéneamente definidas, una respecto de la otra, que abarquen el conjunto de sujetos del ordenamiento o de un determinado sector normativo. Otra cosa es que la categoría «no transsexual» parece coincidir con el sujeto jurídico que ya goza de los derechos humanos en su plenitud²⁸.

3. DISCRIMINACIÓN PRETORIANA POR RAZÓN DE LA IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

3.1 Los hechos en el *Asunto Grant* y la *jurisprudencia P./S.*

La Sra. Grant demandó a su empleador, la compañía de ferrocarriles *SWT*, ante el *Industrial Tribunal* de Southampton, reclamando en favor de

²⁸ El supuesto de despido de los *no transexuales* afecta, desde luego, a un conjunto de derechos humanos, tal vez a aquéllos más estrechamente vinculados a la dignidad de la persona: derecho a la vida privada, derecho a la personalidad, derecho a la intimidad, derecho a la salud, derecho a la propia imagen... Los enumerados, y podríamos aumentar la lista, se citan por J. LÓPEZ-GALIACHO PERONA como los propuestos por la jurisprudencia y doctrina favorables para incardinar el «derecho a la identidad sexual» (cfr. cit., pp. 110 y ss.). Nuestro propósito no es construir ni fundamentar ese «nuevo» derecho en relación con otros derechos fundamentales, sino poner de manifiesto que la afirmación jurisprudencial de la no discriminación por razón de la identidad sexual exige predicar del transsexual los mismos derechos, sean cuales fueren, que venían protegiendo al no transsexual en cualquier supuesto que pueda plantearse o concebirse a la inversa. La cuestión esencial no es aquí el derecho humano concreto cuyo contenido resulte ampliado, sino el hecho de que la ampliación de la protección de los transexuales tiene lugar a través de una nueva y más amplia interpretación del concepto de sexo sobre el que ha de proyectarse el principio de no discriminación. Un principio que es, tal y como destacábamos, *horizontal* respecto del conjunto de los derechos humanos; en este caso, respecto de los contemplados por el Derecho social comunitario.

su compañera la ventaja o beneficio laboral consistente en la reducción del precio del transporte que la empresa concede con carácter general a los cónyuges o, demostrando una «relación significativa» de al menos dos años, a los compañeros de sus empleados. La denegación se basaba, según el empleador, en que el beneficio solicitado, en el caso de personas no casadas, sólo se concedía en favor de un compañero del otro sexo (orgánico). En el marco del proceso, el citado tribunal británico planteó al TJCE seis cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Europea, de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren al principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*, así como de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, antes citada respecto del *Asunto P./S.*²⁹ Tales cuestiones dieron lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero, en el *Asunto Grant*, cuyo fallo es contrario a la pretensión de la Sra. Grant. Nuestro propósito, ya anunciado, es analizar la *ratio* de esa Sentencia a la luz de la *jurisprudencia P./S.*

Supongamos ahora a P. en una situación semejante a la de la Sra Grant; es decir, un transexual femenino, que se ha sometido a una operación de cambio de sexo y convive de modo estable o *significativo* con una persona de sexo orgánico masculino cuya identidad sexual coincide con su sexo orgánico, reclama para su compañero ventajas que derivan de su propia relación laboral. Antes de someter la hipótesis a los parámetros de la *jurisprudencia P./S.*, procede descartar el argumento esgrimido por la Comisión ante el Tribunal respecto del *Asunto Grant*, según el cual «la discriminación denunciada por la Sra. Grant [por P., según nuestra hipótesis] no está basada en su orientación sexual, sino en el hecho de que no vive “en pareja” o con un “cónyuge”, en el sentido que el Derecho de la mayor parte de los Estados miembros, el Derecho comunitario y el Derecho que resulta del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]»³⁰. Para la Comisión, por tanto, la convivencia sólo es *significativa* entre dos personas de sexo orgánico distinto, a pesar de que la jurisprudencia comunitaria no avala ésa u otra interpretación de «convivencia significativa». El Tribunal ni siquiera se detuvo en el argumento, pero resulta evidente que cada vez que un concepto jurídico *oculte* una discriminación por razón de sexo orgánico, así

²⁹ *Vid.*, con mayor detalle, párrafos 1 a 10 de la Sentencia *Grant*.

³⁰ Párrafo 23, segundo inciso.

como de identidad sexual, el Tribunal habrá de garantizar la prevalencia de los derechos humanos mediante la inaplicación, o la adecuada modificación, de ese concepto. El supuesto inadmisibile de *discriminación indirecta* habría de soslayarse mediante el principio que el Tribunal aplicó en la Sentencia P./S.: «el derecho a no ser discriminado por razón de sexo constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia»³¹. Refutado con carácter previo el argumento de la Comisión, P., transexual operado que se siente mujer aun sin serlo orgánicamente, convive de modo *significativo* o mantiene una relación estable con una persona de sexo orgánico masculino que no presenta conflictos de identidad sexual.

En la hipótesis planteada, la denegación de una retribución salarial a P. por razón de su transexualidad habría de considerarse contraria al Derecho comunitario, toda vez que «[t]olerar tal discriminación supondría atentar contra el respeto a la dignidad y a la libertad a que esa persona tiene derecho y que el Tribunal de Justicia debe proteger»³². Así, la ampliación pretoriana de la no discriminación se habría producido al menos en favor de parejas formadas por una persona que se siente pertenecer a un sexo distinto al que orgánicamente pertenece, sea éste masculino o femenino, y otra persona que pertenezca o sienta pertenecer al sexo contrario de aquél al que se siente pertenecer la primera, siempre que se hayan producido la o las correspondientes operaciones de «cambio de sexo». Esta línea de razonamiento, pese al aparente avance, cifrado en la desconsideración de la posibilidad de procrear por los transexuales, acaba reproduciendo los esquemas tradicionales; en efecto, la prevalencia ahora conferida a la identidad sexual

³¹ El intento de incluir en el adjetivo *significativa* —que en la legislación británica de referencia alude al transcurso de dos años—, o en el sustantivo *convivencia*, la «oposición» entre los sexos de quienes conviven parece constituir un intento, bien de trasladar, bien de duplicar el debate jurídico sobre la no discriminación suscitado ante el Tribunal. Otra cosa muy distinta es que la convivencia significativa de una pareja homosexual —o, antes de la *jurisprudencia* P./S., la pareja uno de cuyos miembros sea transexual operado— no resulte equiparada en Derecho comunitario a la convivencia significativa de una pareja heterosexual.

³² Párrafo 22 de la Sentencia P./S. Nótese que el fundamento jurídico transcrito procede de una Sentencia relativa a un despido considerado discriminatorio por razón de la identidad sexual, pero recuérdese que el Tribunal afirma que la Directiva en cuestión «no es sino la expresión, en el ámbito considerado, del principio de igualdad que es uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario» (pár. 18). Por lo demás, el Tribunal había establecido con meridiana claridad en la Sentencia de 9 de febrero de 1982 (*Asunto Garland*) que las ventajas en materia de transporte de las que se benefician los empleados de una empresa y sus causahabientes constituyen una «remuneración» a los efectos de la aplicación del artículo 119 del Tratado (*vid.* Conclusiones del Abogado General, M.B. Elmer, en el *Asunto Grant*, Rec. 98, I-623, pár. 9 y nota 1).

del individuo sólo se extiende a las parejas cuando se cumple el modelo de «sexos opuestos» vinculado en sus orígenes a la procreación. Y el Tribunal tal vez no encontrase obstáculos para circunscribir el razonamiento a las situaciones en las que, habiendo constatado la existencia de transexualidad en uno o en los dos miembros de la pareja, constate que las respectivas identidades sexuales, coincidentes o no con el respectivo sexo orgánico, sean opuestas entre sí. La protección conferida por la *jurisprudencia P./S.* a los transexuales no se extendería, en esta línea de razonamiento, al transexual que –admitida la ficción jurídica por lo que hace a su *nuevo* sexo orgánico– fuese además de orientación homosexual.

3.2 El fallo del TJCE en el *Asunto Grant*

Analicemos ahora la *ratio* de la Sentencia Grant. Según afirma el Tribunal en esa Sentencia, «las reducciones en el precio de los transportes son denegadas a un trabajador de sexo [orgánico] masculino que viva con otro hombre, del mismo modo que se le deniegan a una trabajadora que viva con otra mujer»³³, razonamiento cuya elemental aplicación a la transexualidad masculina y femenina no impidió, como hemos comprobado, el fallo favorable a P.³⁴ No puede negarse que en aquel asunto estaba en juego la identidad sexual de P. con indudable evidencia. En el *Asunto Grant*, sin embargo, «el Derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo»³⁵. Sólo queda, en virtud de este fallo, una posibilidad en favor de la protección de las parejas homosexuales: el Tribunal no se pronunció sobre la situación de una persona «casada» con otra del mismo sexo orgánico. *Ergo* un hombre o una mujer homosexuales podrían, en principio, reivindicar en Derecho social comunitario beneficios retributivos propios que repercutan en su pareja del mismo sexo *a través* del matrimonio o de una institución jurídica equiparable³⁶; es

³³ Párrafo 27, segundo inciso.

³⁴ Véase una certera crítica en este sentido en WEYWNBERGH, A.: «Les droits des homosexuels devant le juge communautaire», en *Journal des Tribunaux*, núm. 49, 1998, p. 111.

³⁵ Párrafo 35, segundo inciso.

³⁶ Recuérdese que, según el relato de los hechos realizado por el Tribunal de Justicia, el empleador de la Sra. Grant afirmaba que el beneficio laboral objeto de reclamación se concedía en favor de un compañero/a del sexo opuesto al del trabajador *en el caso de parejas no casadas*.

decir, siempre y cuando la pareja —o al menos uno de los miembros de la pareja—, bien resida en un Estado Miembro que haya regulado el «matrimonio» entre homosexuales y decida «casarse» en ese Estado, bien obtenga del Estado en que resida el reconocimiento de un «matrimonio» celebrado en un tercer Estado³⁷.

Respecto de los homosexuales, tal y como parece deducirse del pronunciamiento *incompleto* del Tribunal, el matrimonio o la institución equiparable otorgaría en Derecho social comunitario aquéllo que no otorga el vínculo estable de hecho, y la cuestión se defiende así a la política legislativa de cada Estado Miembro. El TJCE añadía una evocación que sólo es incidental en apariencia: «[e]n un contexto diferente, el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos interpreta... el artículo 12 del Convenio en el sentido de que se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente»³⁸. Si el TEDH hubiese reconocido en virtud del Convenio el derecho a contraer matrimonio a parejas del mismo sexo orgánico, muy difícilmente podría el Derecho comunitario hacer depender de la institución del matrimonio aquella retribución laboral que repercutiese en la pareja del homosexual, al menos sin resquebrajar los cimientos de la protección de derechos humanos en los Estados simultáneamente miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa³⁹. Ahora bien, puesto que los

³⁷ *Ad. ex.*, la Ley de parejas de hecho danesa, de 1989, aplicable a parejas uno de cuyos miembros sea danés y resida en Dinamarca, incluidas las parejas del mismo sexo orgánico, establece condiciones, incluida la ceremonia civil y la normativa de divorcio, idénticas a las propias del matrimonio heterosexual; las únicas diferencias son la prohibición de adoptar hijos y de acceder al matrimonio eclesiástico. Así también, la Ley holandesa de parejas de hecho otorga, desde su entrada en vigor el 1 de enero de 1998, a la convivencia registrada entre dos personas del mismo sexo orgánico igual estatus que al matrimonio, con la sola excepción de la adopción y la obtención de la paternidad conjunta de los hijos de uno de los miembros de la pareja. Ambas leyes permiten concebir el reconocimiento mutuo de «matrimonios» entre homosexuales (*vid.* el reciente Informe sobre iniciativas comunitarias y situación legal en cada Estado Miembro *Igualdad de lesbianas y gais. ILGA-Europa*, Bruselas, 1998; cfr. en particular p. 49 y pp. 83 y 84). Por el momento, y amparándose en los fundamentos aquí rebatidos de la *Sentencia Grant*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas no está dispuesto a extender pretorianamente en favor del funcionario homosexual cuya pareja de hecho haya sido registrada en virtud de la legislación de un Estado Miembro los derechos económicos que el Estatuto de los funcionarios comunitarios otorga al «funcionario casado» [*vid.* Sentencia del Tribunal (Sala Segunda) de 28 de enero de 1999, en el Asunto T-264/97, *D. y Consejo de la Unión Europea*; en particular, pár. 28 y 29; la Ley sueca de referencia, de 1994, otorga la casi totalidad de los efectos jurídicos del matrimonio a las parejas registradas cuyos miembros sean del mismo sexo orgánico —cfr., pár. 1 y 2—].

³⁸ Párrafo 34, que incluye referencias a otras sentencias relevantes del TEDH.

³⁹ El TJCE se hubiera visto tal vez abocado a equiparar la situación de los homosexuales casados, en virtud de un derecho que les protegería en el conjunto del territorio comunitario, a las parejas de hecho homosexuales, so pena de supeditar el disfrute de un derecho propio del ámbito

homosexuales no tienen derecho a contraer matrimonio en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que cada Estado Miembro asuma o haga que sus empresarios asuman las consecuencias de legalizar el «matrimonio» entre homosexuales.

El TJCE no es desde luego «responsable» de aquella *discriminación* que, aun cuando se manifieste a la hora de aplicar el Derecho comunitario, sólo trae causa de la legislación propia de cada Estado Miembro. Al menos en este aspecto del «matrimonio», la jurisprudencia del Tribunal trata por igual a los homosexuales hasta donde alcanza el Derecho comunitario. Así, las parejas homosexuales registradas como tales y residentes en un Estado Miembro que equipare ese registro al matrimonio recibirían un trato más favorable en el marco del Derecho social comunitario que las demás parejas homosexuales, aun cuando éstas manifesten estar dispuestas a registrar su vínculo. El carácter discriminatorio de tal situación parece acentuarse desde el momento en que el Tribunal, mediante la ampliación *general* del ámbito de aplicación del principio de no discriminación que se desprende de la *jurisprudencia P./S.*, equiparase las parejas de hecho al menos uno de cuyos miembros sea transexual a las parejas heterosexuales de hecho. En efecto, esa ampliación ha cercenado en favor de los transexuales la distinción entre «convivencia significativa» y matrimonio en cada uno de los Estados Miembros, se regule o no y se reconozca o no el «matrimonio» de los transexuales en el Estado en cuestión. Pero la no equiparación de los homosexuales a los heterosexuales o a los transexuales por la jurisprudencia comunitaria en el sentido indicado no debiera provocar extrañeza: los efectos de un proceso de integración centrado en la dimensión económica

laboral/social al mero ejercicio *libre* del derecho al matrimonio. La protección pretoriana de derechos humanos por el Tribunal comunitario está sujeta, en efecto, al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como venía afirmando el propio Tribunal y fuera confirmado por el Tratado de la Unión Europea en su artículo F.2, no modificado en Amsterdam: «[l]a unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». En un completo estudio, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ afirman no sólo que el TJCE aplica de hecho las disposiciones del Convenio Europeo, sino que «[h]ay, incluso, elementos de [su] jurisprudencia... que pueden ser interpretados como un reconocimiento, en el ámbito comunitario, de la autoridad de la interpretación del Convenio por su órgano judicial específico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (cfr. «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. I, núm. 2, 1997, p. 338).

se han dejado sentir en términos semejantes respecto de otros supuestos relacionados con los derechos laborales/sociales de los ya *ciudadanos de la Unión*⁴⁰.

3.3 La contradictoria *ratio* entre el fallo en el *Asunto Grant* y la *jurisprudencia P./S.*

La argumentación seguida por el Tribunal en la Sentencia *Grant* no suscitaría, por tanto, objeciones jurídicas peculiares respecto de líneas de razonamiento implícitas en fallos previos del Tribunal. Sin embargo, esa impresión es, a nuestro entender, engañosa, y lo es sobre todo porque existe un concepto asimismo engañoso que tiende a incorporarse al Derecho, y que viene a definir precisamente la situación de la Sra. Grant frente a la sociedad. Ese concepto habría perturbado, a la luz de la jurisprudencia *P./S.*, el fallo que ahora nos ocupa. El Tribunal, en efecto, antes de fallar en el *Asunto Grant*, se limitó a comprobar en última instancia que no constaba en el Derecho comunitario vigente la expresión *no discriminación por razón de la orientación sexual*⁴¹. El Tribunal recurría así al formalismo que no le satisfizo en el *Asunto P./S.*, tal vez porque el jurista no siempre puede, aunque a veces deba, aislarse de las percepciones imperantes en la sociedad a la que pertenece. Para intentar demostrarlo, así como suele indagarse en la mente del legislador, permítasenos indagar en la mente del juez.

⁴⁰ El Tribunal de Justicia, fallando en Derecho comunitario, ha determinado *ad. ex.* en su Sentencia de 26 de febrero de 1986, en el *Asunto Marshall* (As. 152/84, Rec. 1986, 737), que el artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CE, invocable ante una autoridad estatal en virtud de su efecto directo, «debe ser interpretado en el sentido de que una política general de despido que implique el despido de una mujer por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado ésta la edad a la que tiene derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional, constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por dicha Directiva» (fallo, aptdo. 1). El pronunciamiento del Tribunal se realiza con independencia de la edad de jubilación con derecho a pensión vigente en la esfera legislativa soberana de cada uno de los Estados Miembros, exigiéndose sólo que el hecho de que esa edad sea distinta para hombres y mujeres en un mismo Estado no incida en políticas generales de despido. Para el Tribunal, por tanto, el artículo 7, a) de la Directiva 76/7/CE, relativa a la desaparición progresiva de la discriminación por razón de sexo, que faculta a los Estados a establecer una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres a los efectos del derecho a pensión, no se opone al principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario (*vid.*, también Sentencia de 22 de abril de 1997 en el *Asunto Sutton*, C-66/95, Rec. 1997, I-2180).

⁴¹ Cfr. párrafo 47, en el que el Tribunal se remite al «tenor literal» y al «objetivo» del artículo 119 del Tratado CE para concluir que «en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual, como la que es objeto del litigio principal».

La evocación de la imagen social del transexual, y asumo el riesgo de la valoración dando por hecho el riesgo inherente a toda generalización, provoca un sentimiento de *lástima* ante el desamparo⁴², aun cuando ello no se deba tanto a que el transexual arrostre un conflicto respecto de su sexo orgánico que pueda ser sopesado y considerado más grave respecto de otros conflictos relativos al sexo. La lástima más bien se debe a su por ahora mayoritaria situación de marginalidad en la sociedad, una situación que en la práctica impide, salvo excepciones, la aplicación en su favor del Derecho laboral de los Estados. Por el contrario, y ello es también una valoración personal, el homosexual tiene en la Europa comunitaria, con variaciones, pero cada vez más, las mismas posibilidades de alcanzar una determinada posición social que el heterosexual, de modo que su imagen social aparece asociada simplemente a su *conducta sexual* con personas del mismo sexo orgánico. Las sociedades desarrolladas tienden a concebir al homosexual a partir de su *orientación sexual*, con independencia de la diversidad de conductas sexuales propias de un mismo individuo y de su evolución en el tiempo. Los términos utilizados para formular el principio de no discriminación por razón de sexo en ningún otro caso contemplan a la persona a partir de su conducta sexual privada⁴³. A los efectos del Derecho social comunitario, el criterio abstracto establecido en la Sentencia *P./S.* ya hace innecesario contemplar si el transexual mantiene o no relaciones sexuales para aplicar en su favor la regla de no discriminación⁴⁴.

El concepto sociológico contenido en la expresión *orientación sexual* ha comenzado a penetrar en las legislaciones de ciertos Estados Miembros,

⁴² Las Conclusiones del Abogado General en el *Asunto P./S.*, algunos de cuyos argumentos hemos destacado, plasman a nuestro entender ese sentimiento en lenguaje más o menos jurídico, de modo que los jueces tuvieron ante sí la imagen del desamparo incluso con independencia de su propia percepción.

⁴³ El análisis final que el Abogado General M. B. Elmer realiza del criterio *common law opposite sex spouses* vigente en el Derecho británico ofrece, en nuestra opinión, un contraste significativo: «[d]e telles dispositions paraissent présupposer en général que les intéressés aient un budget commun, partagent une vie sociale et aient des relations sexuelles, bien que l'absence de ces derniers ne soit pas décisive» (pár. 30, último inciso; la cursiva es mía).

⁴⁴ Otra cosa es que el transexual, al igual que el heterosexual, haya de desvelar la identidad de su pareja en caso de que la retribución laboral reivindicada repercuta en su pareja. Aun así, la confidencialidad puede mantenerse en muchos casos; *ad. ex.*, el Tribunal comunitario de Primera Instancia se limitó a identificar con la inicial D. al funcionario cuya pareja homosexual había sido oficialmente registrada en Suecia que presentó recurso de anulación contra una decisión del Consejo denegatoria del subsidio de residencia reconocido en el Estatuto a los «funcionarios casados», y lo hizo en el respeto del derecho a la «vida privada y familiar» reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (*vid.* Sentencia *D.* y Consejo de la Unión Europea, cit., pár. 16).

y acaba de adquirir carta de naturaleza jurídica en el Derecho comunitario originario, si bien su aplicabilidad y alcance dependen de futuros desarrollos de Derecho comunitario derivado. Tal y como el Tribunal señala en la Sentencia *Grant*, «el Tratado de Amsterdam..., firmado el 2 de octubre de 1997, ha previsto añadir al Tratado CE un artículo 6 A que, tras la entrada en vigor de dicho Tratado, permitirá [permite ya] al Consejo adoptar, en determinadas circunstancias (voto por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo), las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre otras la basada en la orientación sexual»⁴⁵. Así, para el Tribunal, la ausencia de la expresión *orientación sexual* en los textos jurídicos vigentes impedía aplicar la regla de la no discriminación por razón de sexo, tal y como fue ampliada mediante su propia interpretación en la Sentencia *P./S.*, en favor de una persona homosexual⁴⁶. Pero la *jurisprudencia P./S.* ha sentado, tal y como tratamos ahora de demostrar, nuevas premisas cuyo alcance permanece no obstante oculto bajo la influencia de un concepto previamente acuñado, como si los árboles no dejasen ver el bosque. Recapitulemos.

⁴⁵ Párrafo 48; el artículo 2.7 del Tratado de Amsterdam modifica en efecto el antiguo artículo 6 A del Tratado de la Comunidad Europea, que pasa a ser el artículo 13 del modificado Tratado de la Comunidad Europea. En el Derecho comunitario derivado *ad intra*, el Reglamento (CE, CECA, EURATOM), núm. 781/98 del Consejo, de 7 de abril de 1998, *por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades en materia de igualdad de trato*, añade mediante su artículo 1 un artículo 1 bis al Estatuto de los funcionarios comunitarios, según el cual «[e]n la aplicación del Estatuto, los funcionarios tendrán derecho a la igualdad de trato sin referencia alguna, directa o indirecta, a la raza, convicciones políticas, filosóficas o religiosas, sexo u orientación sexual sin perjuicio de las disposiciones estatutarias pertinentes que requieran un estado civil determinado» (DO, L-113, p. 4). El último inciso parece destinado a preservar la interpretación autónoma del concepto de «matrimonio», evitando extender los beneficios estatutarios a las parejas de hecho de los funcionarios homosexuales. Por lo demás, tal y como precisa Tribunal comunitario de Primera Instancia en la Sentencia *D. y Consejo de la Unión Europea* ya citada, el Consejo hizo constar en el acta de aprobación del Reglamento una declaración «invit[ant] la Commission à procéder aux études nécessaires relatives... à la reconnaissance des situations de partenariat enregistré et à lui soumettre, sur la base des études en question, toute proposition appropriée dans ses domaines» (cfr. pár 31 en relación con pár. 25).

⁴⁶ El Tribunal parece ampararse en la futura incorporación de ese motivo de discriminación. Tal y como afirma J. A. GONZÁLEZ VEGA en un comentario a la Sentencia *Grant*, «aquí, justo es reconocerlo, el TJCE juega no obstante con una racionalización *ex post facto*» («Buscando en la Caja de Pandora: el Derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual», en *La Ley - Unión Europea*, año XIX, núm. 4522, 1998, p. 2). Desde luego, la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam en mayo de 1999 no modifica la situación legal respecto de la no discriminación por razón de la orientación sexual, por cuanto el nuevo artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea carece de efecto directo.

Supongamos a P., transexual, en la situación de la Sra Grant. Tal y como razonábamos, P. no debe ser discriminada en Derecho social comunitario por el hecho de que, siendo orgánicamente un hombre, se siente y quiere ser mujer, *ergo* la pareja de P. no puede resultar privada de las repercusiones beneficiosas que deriven de la retribución de P. Aun cuando P. y su pareja sean orgánicamente hombres, no son —en virtud de una verdadera *mutación jurídica*— considerados una pareja homosexual a la luz del Derecho social comunitario para evitar la discriminación que sufriría P. a consecuencia del hecho de que, sintiéndose mujer, haya manifestado su intención de someterse y se haya sometido a una operación de cambio de sexo. Devolvamos ahora a la Sra. Grant a su propia situación. Si la Sra. Grant se hubiera sentido un hombre y hubiera manifestado su intención de someterse y se hubiera sometido a una operación de cambio de sexo, la pareja de la Sra. Grant hubiera disfrutado en Derecho comunitario de aquellas repercusiones beneficiosas derivadas de la retribución de la Sra. Grant. *Ergo*, a la luz de la ampliación del concepto de sexo en el Derecho social comunitario hasta comprender la identidad sexual, la Sra. Grant es objeto de discriminación frente a la categoría de personas que encarna P. por el hecho de no desear someterse o no haberse sometido a una operación de cambio de sexo. La correcta aplicación del principio de no discriminación impide proteger la identidad sexual contradictoria con el propio sexo orgánico sin proteger simultáneamente, llegado el caso, la identidad sexual que no presenta tal conflicto. A tales efectos, la *orientación sexual* de la Sra. Grant debiera ser, como lo es en el caso de P., del todo irrelevante, de modo que la regla, y en ello consiste precisamente la no discriminación, resultase aplicable también —otra cosa es que no sea necesario— en favor de los hombres y mujeres heterosexuales.

El resultado de la aplicación de la regla de no discriminación en la formulación que consideramos universal no deja lugar a dudas. Sin embargo, resulta cuando menos extraño afirmar que el Tribunal comunitario ha creado implícitamente la categoría de los «no transexuales», y ello porque las parejas de hecho heterosexuales no precisan en el Derecho vigente de la protección que ofrece la no discriminación por razón de la identidad sexual. Admitamos que sólo la categoría «homosexual» pueda eventualmente ser objeto de discriminación a la luz de la *jurisprudencia P./S.*, y apliquemos la formulación concreta de la regla de la no discriminación establecida por el TEDH, o la simplificación de esa misma regla tal y como la establece el TJCE.

Según el TEDH, para afirmar que una diferencia de trato comporta la violación del principio de no discriminación, «[i]l faut établir que des personnes placées dans des situations analogues ou comparables en la matière jouissent d'un traitement préférentiel et que cette distinction ne trouve aucune justification objective ou raisonnable»⁴⁷; según el TJCE, «es jurisprudencia reiterada que una discriminación sólo puede consistir en la *aplicación de normas distintas a situaciones comparables* o en la aplicación de una misma norma a situaciones distintas»⁴⁸. Teniendo en cuenta que la operación de cambio de sexo no supone la adquisición del sexo orgánico opuesto, la pareja uno de cuyos miembros sea transexual es, según el criterio de la «comprobación», una pareja de personas pertenecientes al mismo sexo orgánico⁴⁹. Habiendo establecido en su *jurisprudencia P./S.* un criterio que permite relegar la cuestión de la *orientación sexual* que se atribuiría a P. en atención a su sexo orgánico, el TJCE debiera haber dado respuesta en la Sentencia *Grant* al menos a dos preguntas cruciales: si la Sra. Grant y su pareja pertenecen al mismo sexo orgánico, ¿no se encuentran en una situación «análoga o comparable» a la (hipotética) situación de P. y su pareja del mismo sexo orgánico, que resulta protegida en Derecho social comunitario mediante la extensión pretoriana del principio de no discriminación por razón de sexo?; si la protección pretoriana del transexual mediante el principio de no discriminación en Derecho social comunitario se basa en una ficción jurídica, ¿qué justificación «objetiva y razonable» permitiría denegar igual protección en los supuestos en que no sea siquiera preciso acudir a una tal ficción?

⁴⁷ *Ad. ex. Sentencia Sheffield y Horsham/ Reino Unido*, cit., pág. 75. El TEDH añade, como viene siendo habitual en su jurisprudencia, que la no discriminación del artículo 14 protege contra la discriminación en el disfrute de las demás disposiciones normativas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para determinar en qué medida las diferencias entre las situaciones análogas justifican distinciones de trato en Derecho (*vid. también Sentencia Stubbings y otros/ Reino Unido*, de 22 de octubre de 1996, *Rec. 1996-IV*, pág. 72).

⁴⁸ Sentencia *Finanzamt Koln-Altsadt v. Roland Schumacker*, Asunto C-279/93, *Rec. 1995, I-225*, párrafo 26; la cursiva es mía.

⁴⁹ No otra razón es la que justifica en Derecho, por ejemplo, la denegación a los transexuales del derecho a contraer matrimonio. Así, en la citada *Sentencia Sheffield y Horsham/ Reino Unido*, «[l]a Cour rappelle qu'en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent» (par. 66). El Derecho británico cuya aplicación se denunciaba como violación del Convenio define el matrimonio como la unión voluntaria de un hombre y una mujer; al efecto, el sexo se determina, según la Sentencia *Corbett v. Corbett* dictada en 1971 por el Juez Ozmrod, mediante los criterios cromosómico, gonádico y genital siempre que coincidan entre ellos, sin tener en cuenta cualquier intervención quirúrgica (cfr. *ibid.*, pág. 27).

Los argumentos expuestos permiten abordar ahora el pronunciamiento tal vez más peliagudo del TJCE, aquél en que procuró de algún modo establecer en la Sentencia *Grant* la ausencia de analogía respecto de su *jurisprudencia P./S.* esgrimiendo la orientación sexual sólo en el caso de la Sra. Grant. Según el propio Tribunal, en el *Asunto P./S.* «[e]l Tribunal consideró que, en realidad, tales discriminaciones se basaban fundamentalmente, si no exclusivamente, en el sexo de la persona de que se trataba. Este razonamiento, que lleva a considerar que dichas discriminaciones deben prohibirse por la misma razón que las discriminaciones basadas en la pertenencia de una persona a un sexo determinado, con las que están estrechamente relacionadas, se limita al caso del cambio de sexo de un trabajador y, por tanto, no se aplica a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual de una persona»⁵⁰. Para el Tribunal, la transexualidad es objeto de una discriminación basada en el *sexo* de la persona de que se trate. Pero el Tribunal, no pudiendo demostrar la discriminación del transexual por razón de su sexo orgánico, acude al concepto *identidad sexual* como sentimiento de «pertenencia» a uno u otro sexo orgánico. Así, las discriminaciones basadas en el «cambio de sexo del trabajador» están prohibidas por estar «estrechamente relacionadas» con las discriminaciones basadas en la «pertenencia de una persona a un sexo determinado». Olvidemos por un momento que existe la expresión *no discriminación por razón de la orientación sexual*; o no olvidemos que la orientación sexual de P. y Grant es en cada caso opuesta a la que en general corresponde a su respectivo sexo orgánico. El trabajador que recibiese en adelante un trato menos favorable que aquél que le correspondería si hubiese «cambiado» de sexo, ¿no sería objeto de una discriminación que está en la misma estrecha medida relacionada con su pertenencia a un sexo orgánico determinado?⁵¹.

⁵⁰ Párrafo 42.

⁵¹ Recuérdese que el Abogado General Sr. Tesauro cifraba la discriminación de P. en el hecho de que «no habría sido despedida si hubiera conservado el sexo masculino»; ahora podría decirse que la pareja de Grant hubiera recibido una reducción en el precio del transporte si la Sra. Grant no hubiera conservado el sexo femenino.

4. RAZONES Y REMEDIOS DE LA DISCRIMINACIÓN DEL NO TRANSEXUAL Y, EN PARTICULAR, DEL HOMOSEXUAL RESPECTO DEL TRANSEXUAL EN EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

4.1 Razones de la discriminación

El TJCE ha abierto así el camino, por la vía jurisprudencial, y siempre a la luz de la *jurisprudencia P./S.*, a la *discriminación inversa* de la Sra. Grant. Considerando la analogía entre parejas del mismo sexo orgánico, el Tribunal protege el supuesto en el que uno de los miembros de la pareja desee someterse y se someta a una operación de cambio de sexo, dejando luego que la Sra. Grant soporte un trato menos favorable del que le correspondería si hubiera deseado someterse y se hubiera sometido a una operación de cambio de sexo que no modificaría su sexo orgánico. Sobre la base de la formulación abstracta de la regla de no discriminación, el Tribunal, habiendo protegido a las personas que presentan conflictos respecto de su identidad sexual, desprotege luego a personas (no transexuales) que no tienen conflictos de identidad sexual. La no discriminación prohíbe precisamente establecer los términos de la identidad respecto del trato sólo en uno de los sentidos posibles, aun cuando tal sea el sentido favorable a la categoría minoritaria. El hecho de que la categoría minoritaria se considere en general desprotegida frente a la categoría mayoritaria es irrelevante cuando se trata de aplicar en concreto la regla de la no discriminación. En el caso que nos ocupa, es además irrelevante la percepción subjetiva según la cual resulta *impensable* que una persona llegue a ser discriminada por considerarse perteneciente al sexo orgánico al que puede comprobarse que pertenece⁵².

Hace no muchos años, no era concebible que una mujer (en sentido orgánico) se considerase a sí misma discriminada frente a un hombre (también en sentido orgánico), teniendo como tenían cada uno su papel bien delimitado en la sociedad y por la sociedad. Las leyes y los jueces comen-

⁵² Tal y como afirma con rotundidad M. B. Elmer en sus Conclusiones, «[l]e point décisif est de savoir si une discrimination est *objectivement* fondée en droit ou en fait sur le sexe, et non de rechercher les mobiles subjectifs qui animent l'auteur de la discrimination. La délimitation du champ d'application de l'article 119 doit être libérée de toutes représentations morales...» (pár. 17, segundo y tercer incisos; la cursiva es mía). Y ese carácter objetivo impide denegar la protección (*iura novit curia*) aun cuando el denunciante no acierte a expresar las razones en las que puede sustentarse la existencia de discriminación.

zaron a proteger, y siguen haciéndolo hoy, frente a aquello que ni la propia víctima podía concebir o alegar. El principio de no discriminación por razón de sexo surge en favor de la mujer, pero no se formula como principio de no discriminación de la mujer, sino como principio de no discriminación de la mujer *frente al varón* o respecto del varón⁵³. La regla adquirió su pleno sentido el día en que fue alegada por un hombre que se consideró discriminado frente a una mujer, aun cuando aquel hombre tal vez no lograse protección en concreto. La Sra. Grant es aquel hombre frente a P., y la discriminación de que ha sido objeto no es desde luego atribuible a los Estados Miembros de la Unión Europea⁵⁴. Del mismo modo, la no discriminación por razón de la religión tenía sólo el sentido de proteger a quienes profesaban alguna religión minoritaria, ampliándose después en favor de quienes decidían cambiar de religión y de quienes no profesaban ninguna religión. Frente a P., la Sra. Grant es también la primera persona atea que se consideró discriminada por razón de la religión respecto de quienes profesaban alguna religión. Y esa regla resplandeció el día en que pudo ser invocada por personas incluidas en categorías, abstractas y homogéneas entre sí, capaces de comprender al conjunto de los sujetos de Derecho⁵⁵.

La Sra. Grant ha sido excluida por el TJCE del conjunto de sujetos jurídicos que habrían de beneficiarse de la jurisprudencia *P./S.* emanada del propio Tribunal. Tal vez se trate de un supuesto de *discriminación encubierta no intencional*, aquélla que los tribunales están llamados a poner de manifiesto cuando el legislador o el empresario no hubiesen advertido el carácter discriminatorio de una ley o de una medida cualesquiera. Como si de una paradoja se tratase, el TJCE podría no haber advertido el alcance de

⁵³ Las categorías mujer y varón subsumen el conjunto de los sujetos jurídicos y son homogéneas respecto del sexo orgánico como motivo de discriminación. De acuerdo con los parámetros expuestos de la regla de igualdad formal, cada una de ellas —excluido el extraño supuesto de hermafroditismo puro— puede ser configurada a la inversa respecto de la otra: varón/no varón; mujer/no mujer.

⁵⁴ Tal y como se desprende de algunas de nuestras consideraciones previas, la coincidencia con M. B. Elmer, Abogado General en el *Asunto Grant*, es en este aspecto plena: «[l]a discrimination fondée sur le sexe ne résulte donc pas en l'espèce de la législation sur le droit de la famille en vigueur dans l'État membre considéré, et qui serait pour cette raison exceptée de la réglementation communautaire» (Conclusiones, pár. 34).

⁵⁵ Aunque no estamos en este caso ante el supuesto más simple, la igualdad formal por razón de la religión puede descomponerse en una serie de simples relaciones recíprocas entre las categorías de sujetos beneficiarios. Así, a partir de las categorías más generales creyente/no creyente, cada categoría específica puede también configurarse a la inversa respecto de las demás: musulmán/no musulmán.

su propia jurisprudencia, tal vez –decíamos– por el efecto inducido de la *sociología de los conceptos*⁵⁶. Según el TJCE, «es jurisprudencia reiterada que las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones basadas [en la identidad sexual], sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca a un mismo resultado»⁵⁷. El *criterio de diferenciación* entre P. y la Sra. Grant aplicado por el Tribunal es el de la orientación sexual (de la Sra. Grant), aun cuando esa orientación presenta en ambos casos la misma peculiaridad por lo que hace al respectivo sexo orgánico.

Desde luego, el Tribunal sólo hace explícitos los términos de la no discriminación entendida como identidad de trato entre la Sra. Grant y un homosexual que sea orgánicamente hombre⁵⁸, y no lo hace entre la Sra. Grant y una mujer en sentido orgánico que se sienta hombre o un hombre en sentido orgánico que se sienta mujer. Pero tampoco los representantes legales de la Sra. Grant o el Abogado General esgrimieron ante el Tribunal los argumentos contenidos en el Derecho comunitario pretoriano que consideramos concluyentes⁵⁹. Las observaciones escritas presentadas en nombre de la Sra. Grant se centraban en que el empresario «habría tomado una decisión diferente si las ventajas de que se trata en el litigio principal hubieran sido reclamadas por un hombre que viviese con una mujer, y no por una mujer que vive con otra»⁶⁰. Por su parte, las Conclusiones del Sr. M. B.

⁵⁶ Aplíquese *mutatis mutandi* a la mente del juez el párrafo que cierra el análisis realizado por J. A. GONZÁLEZ VEGA sobre la Sentencia *Grant*: «hemos podido advertir cómo las reticencias de los Estados miembros frente a la situación jurídica de los homosexuales responden al afán por evitar favorecer un discurso igualitario asociado a la libertad de orientación sexual que en su desarrollo obligaría –cual si se tratara de la apertura de la mítica caja [de Pandora]– a trastocar los conceptos sobre los que se encuentra asentada nuestra cultura jurídica y especialmente los asociados al matrimonio, la familia, filiación, etc.» (cit., p. 4).

⁵⁷ Sentencia *Finanzamt Köln-Altsadt v. Roland Schumacker*, cit., par. 26; la «nacionalidad» en el original ha sido sustituida por la «identidad sexual».

⁵⁸ Cfr., en particular, párrafo 27.

⁵⁹ Esos argumentos sí pueden extraerse de las demandas ante el TEDH en el citado *Asunto Sheffield y Horsham/ Reino Unido*; las demandantes, transexuales, afirmaban que sufrían discriminación «par comparaison soit avec les autres membres de la société soit avec les autres femmes n'ayant pas subi d'opération de conversion sexuelle» (pár. 71; la cursiva es mía). Si se hubiera reconocido la discriminación por el TEDH en estos términos, hubiera bastado invertir su orden para otorgar protección a situaciones semejantes a la denunciada por la Sra. Grant ante el TJCE. Por lo demás, bastaría el principio tradicional de no discriminación por razón de sexo orgánico para afirmar que esa nueva forma de discriminación por razón de la identidad sexual se produce también frente a hombres en sentido orgánico que no se hayan sometido a una operación de cambio de sexo.

⁶⁰ Párrafo 16; *vid.* también párrafos 17, que contiene el enfoque denominado *but for test* respecto de un trabajador masculino heterosexual, y 18. Nótese además que Cherie Booth, cuya condi-

Elmer, aunque apoyaban la causa de la Sra. Grant, permanecían ancladas en el concepto diríase excluyente o absoluto de «orientación sexual», limitándose a ofrecer al Tribunal una opinión jurídica, una propuesta de *lege ferenda*, tan válida como su contraria ⁶¹.

Tal vez la contradicción entre ambas Sentencias se deba, más que al pragmatismo judicial ⁶², a un cierto sentido de la responsabilidad de los jueces comunitarios respecto de las enormes repercusiones de su jurisprudencia. No nos referimos, desde luego, a las repercusiones económicas en las empresas y los Estados de la Unión Europea de un eventual fallo en favor de la Sra. Grant. El TJCE se ha caracterizado siempre por desatender cualesquiera razones extrajurídicas; en su caso, el Tribunal ha limitado el alcance retroactivo de ciertos pronunciamientos en atención a repercusiones sobre todo de índole económica ⁶³. Ahora bien, un fallo en el *Asunto*

ción de esposa del Primer Ministro británico no es ajena a la repercusión del caso en la prensa británica, se contaba entre los abogados que representaron a la Sra. Grant ante el Tribunal.

⁶¹ En efecto, las Conclusiones en su conjunto tratan de rebatir la alegación coincidente del empleador de la Sra. Grant, la *South West Trains*, y de los Gobiernos británico y francés, en el sentido de que la discriminación de la Sra. Grant no se basaba en su «sexo» (orgánico) sino en su «orientación sexual» (cfr. pár. 19, y par. 20 y ss. sobre el intento de determinar qué factores son, para el Abogado General, objetivos y cuáles subjetivos en distintas operaciones que relacionan el trato conferido a parejas homosexuales y heterosexuales).

⁶² Para T. CONNOR, «[t]he judgement in *Grant* is borne of a measure of pragmatism, tinged with an element of conservatism», alegando respecto del eventual pragmatismo que el Tribunal reconoce de modo subrepticio, en el párrafo 32 de la Sentencia, que un fallo favorable a la Sra. Grant no hubiera sido unánimemente aceptado por los Estados Miembros (cfr. «Community Discrimination Law: No Right to Equal Treatment in employment in Respecto of Same Sex Partner», en *European Law Journal*, vol. 4, núm. 2, 1998, p. 383). Pero ese mismo pragmatismo hubiera impedido al Tribunal fallar en favor de P.

⁶³ En efecto, al menos en casos en que el resultado sea una *discriminación indirecta*, el Tribunal ha llegado a admitir la posibilidad de atender a justificaciones extrajurídicas basadas en «circunstancias objetivas» (vid. Conclusiones del Abogado General, M. B. Elmer en el *Asunto Grant*, párrafo 37 y nota 12, que se remite a las Sentencias *Dekker* y *Enderby*). No puede desconocerse, sin embargo, que un fallo explícito en favor de la Sra. Grant hubiese tenido importantes repercusiones económicas. Según los datos ofrecidos por P. y recogidos por el Abogado General, Sr. G. Tesaro, en sus Conclusiones presentadas en el *Asunto P./S.*, «en Europa, 1 de cada 30.000 hombres y una de cada 100.000 mujeres desea someterse a una operación de cambio de sexo» (nota 7 a pie de página); entre ellos, podríamos añadir, la mayoría se dedica hoy, aun cuando se trate de una mayoría decreciente, a la prostitución o al mundo del espectáculo de variedades, actividades ambas que podríamos incluir en la llamada *economía sumergida*, y que por tanto no generan derechos de contenido económico actuables ante los jueces y tribunales de los Estados Miembros. Las estadísticas realizadas en las sociedades desarrolladas sitúan el porcentaje de homosexuales, aun cuando el correspondiente a las lesbianas siempre resulta ser inferior al de homosexuales que son orgánicamente hombres, entre el 2 y el 5, e incluso el 7 o el 10 por ciento. Lo relevante aquí es que la gran mayoría de homosexuales masculinos y femeninos en estas sociedades se ha incorporado al mundo del trabajo regulado en el marco legal de los Estados, y puede por ello reivindicar sus derechos de contenido económico, para sí y para sus parejas, ante los jueces y tribunales de los Estados Miembros.

Grant con un contenido opuesto a aquel que, en relación con la *jurisprudencia P./S.*, permite la discriminación de los homosexuales en el Derecho social comunitario hubiera tenido el efecto de un *reguero de pólvora* en el Derecho constitucional de los Estados Miembros. La ampliación del contenido de los conceptos sobre los que la regla de la no discriminación proyecta su efecto protector en un determinado sector jurídico tiende a generalizarse en el conjunto del ordenamiento de que se trate. En este caso, considérese que el ordenamiento jurídico comunitario se aplica con prioridad en quince ordenamientos jurídicos nacionales. Y la percepción por los jueces de las intensas consecuencias jurídicas que, desbordando el marco del Derecho comunitario, hubiera tenido el fallo favorable a la Sra. Grant no es el mejor aliado para la reflexión.

Supongamos que un homosexual (o un heterosexual) solicita ante los tribunales de cualquier Estado Miembro una pretensión cualquiera, alegando discriminación frente a las personas transexuales, y que su pretensión se contase entre las no contempladas por el Derecho social comunitario. Supongamos que esa pretensión se somete a la consideración del correspondiente Tribunal Constitucional, que habría de respetar la ampliación del contenido del concepto de sexo por lo que hace a la aplicación *uniforme* del Derecho social comunitario. El Tribunal Constitucional, bien decide extender la ampliación del contenido del concepto de sexo realizada por el TJCE al conjunto del marco constitucional (excluidos por ejemplo derechos cuyo ejercicio afecte a terceros que merecen especial protección), bien zanja la cuestión consagrando un doble concepto de sexo, y por ende un *doble rasero* a la hora de aplicar un principio estructural y *horizontal* en el marco de la protección de los derechos humanos⁶⁴. Ese dilema alcanzaría su cénit si la cuestión suscitada ante el Tribunal Constitucional versara sobre algún aspecto del Derecho social interno no afectado por el Derecho comunitario, porque el eventual doble rasero habría de ser aplicado en un mismo sector jurídico del Derecho interno. No cabe, por tanto, descartar que un fallo favorable a la Sra. Grant hubiera tenido, como la piedra en el estanque apacible, repercusiones que desbordarían con mucho el marco del Derecho comunitario.

⁶⁴ En el segundo caso, el sexo seguiría siendo sexo orgánico por lo que hace a la no discriminación establecida en las disposiciones de la Constitución o en otras normas internas que permaneciesen de momento *indemnes* al Derecho comunitario, y resultaría ampliado hasta incluir la identidad sexual por lo que hace a las disposiciones de la Constitución u otras normas internas *modificadas* según la interpretación que el TJCE habría realizado del Derecho social comunitario.

4.2 Remedios de la discriminación

No estamos, sin embargo, ante un dilema *potencial* o *hipotético*. La *jurisprudencia P./S.* establece un nuevo concepto de sexo en el marco del principio de no discriminación que ampara o debiera amparar toda pretensión semejante a la de la Sra. Grant en el Derecho social comunitario, y ello con independencia de que el Tribunal de Justicia haya fallado respecto de la Sra. Grant en contra de su propia jurisprudencia. Los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros debieran enmendar la discriminación consagrada en la Sentencia *Grant* acudiendo por su cuenta al concepto de sexo establecido en la *jurisprudencia P./S.* En principio, la existencia de una *ratio* contradictoria ha de resolverse en favor de los ciudadanos por exigencias de los peculiares criterios de interpretación jurídica que son de obligada aplicación a las normas protectoras de derechos humanos. Desde luego, nada impide a los Tribunales Constitucionales, amparándose en la correspondiente Constitución, adoptar estándares de protección superiores a los que parecen desprenderse de la Sentencia *Grant*, pero sólo pueden hacerlo en ámbitos no contemplados por el Derecho comunitario tal y como haya sido objeto de interpretación uniforme. Ahora bien, un problema derivado de la primacía y la uniforme aplicación del Derecho comunitario no se resuelve adoptando la interpretación más favorable a las personas que pueda extraerse de la jurisprudencia TJCE precisamente en los ámbitos legales no afectados por el Derecho comunitario.

Y se trata además de un *remedio* inconcebible en Derecho interno: ¿cómo establecer un criterio constitucional de *interpretación horizontal* de normas sobre derechos humanos que en particular soslaye lo relativo a la ejecución del Derecho social comunitario? El propósito de zanjar en favor de los ciudadanos la contradicción advertida en un sector específico del Derecho comunitario implica, por tanto, una cierta «rebelión», una «rebelión razonada», del Tribunal Constitucional, y resulta ser un propósito demasiado *gravoso* para ese Tribunal Constitucional. En cuanto a lo primero, si los criterios explícitos en la Sentencia *Grant* forman parte de la jurisprudencia comunitaria en igual medida que los criterios implícitos en la Sentencia *P./S.*, y siendo ambas sentencias absolutamente contradictorias, procede adherirse –digamos que por imperativo constitucional– a la jurisprudencia comunitaria –razónese que no por implícita menos comunitaria–

más favorable a los derechos de los ciudadanos. En cuanto a lo segundo, zanjar una contradicción específica acaba por exigir el establecimiento de criterios de interpretación que, por su carácter constitucional, han de ser generales y horizontales en el Derecho interno.

Ninguna otra solución que no sea una nueva sentencia del Tribunal comunitario se adivina satisfactoria; desde luego, y teniendo en cuenta la necesaria interpretación progresiva de los derechos humanos, una nueva sentencia que se inscriba en la línea de la *jurisprudencia P./S.*⁶⁵. No parece previsible, ni sería en todo caso razonable, que se *rebelen*, siquiera razonando su rebelión, quince jurisprudencias constitucionales, y tampoco los órganos de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos parecen, por distintos motivos, dispuestos a remediar la discriminación inversa en el Derecho social comunitario de quienes no tienen conflictos entre sexo orgánico e identidad sexual.

La no discriminación por razón de sexo no ha recibido una interpretación en el marco del artículo 14 del Convenio que incluya la no discriminación por razón de la identidad sexual. Hasta el momento, la inicial timidez con que el TEDH abordó las demandas de los transexuales parece a punto de quebrarse al menos en relación con el artículo 8 del Convenio, que protege el derecho a la vida privada y familiar⁶⁶. En este sentido, mediante su Sentencia de 30 de julio de 1998, *Asunto Sheffield y Horsham contra Reino Unido*, el TEDH, aunque negó la existencia de una obligación positiva de los Estados consistente en modificar el registro de nacimientos para reflejar el sexo correspondiente a la identidad sexual de los transexuales operados, o para impedir que se refleje su verdadero sexo orgánico, lo hizo por un estrecho margen de once votos contra nueve⁶⁷. Sin embargo, el TEDH está todavía muy lejos de dar el gran salto cualitativo que media entre la posible

⁶⁵ En otro caso, siempre habrá, además, quienes consideren que el TJCE, no vinculado por su propia jurisprudencia y desoyendo principios básicos de interpretación en materia de derechos humanos, ha dado un «paso atrás» en la Sentencia *Grant*. T. CONNOR, sin demostrar la contradicción, afirmaba en este sentido: «[j]ust as unexpectedly and as quickly as the judgement in *P. v. S.* had broached the brave new world which might have offered a wider scope for the application of Community sex discrimination law, now the judgement in *Grant* has signaled a retreat to the status quo. *Grant* has made clear that *P. v. S.* is now to be distinguished on its own merits» (cit., p. 383).

⁶⁶ Vid. un detallado y actualizado análisis de la jurisprudencia relevante del TEDH, incluidos los informes correspondientes de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en LÓPEZ-GALIA-CHO PERONA, J., cit., pp. 126 y ss.; tal y como llega a afirmar el autor, las sentencias, plagadas de invocaciones genéricas de «comprensión» que no llegan a traducirse en la imposición de obligaciones precisas para los Estados, adolecen de un cierto «cinismo» (cfr. *ibid.*, p. 137).

⁶⁷ Cit., *vid.* párrafos 51 a 60 y apartado 1 del fallo.

atribución pormenorizada de ciertos derechos en favor de los transexuales y la interpretación general u *horizontal* del concepto de sexo para incluir la identidad sexual entre los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14⁶⁸.

Además, la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos venía adoptando la *práctica*, sobre la que el TEDH no se ha pronunciado todavía, de inhibirse ante las demandas de particulares que denuncian violaciones del Convenio basadas en la legislación comunitaria⁶⁹. Tales denuncias, excepción hecha de las que se dirigen contra las instituciones comunitarias, se refieren a la violación del Convenio mediante *actos estatales de ejecución del Derecho comunitario*, actos que no dejan de ser atribuibles a los Estados Miembros de la Unión, que a la vez son Parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En nuestra opinión, y puesto que ningún acto estatal puede dejar de considerarse sometido a la Constitución, nada debería impedir que el acto estatal realizado en aplicación de una interpretación del Derecho comunitario emanada del TJCE siga sometido al control directo del TEDH⁷⁰. No obstante, la Sra. *Grant* difícilmente puede dirigirse al

⁶⁸ En el fallo que nos ocupa, el TEDH declaró por unanimidad que no había existido violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 (cfr. pár. 3 en relación con par. 71 a 77). Advuértase además que la *jurisprudencia P./S.* del TJCE es reseñada en la Sentencia del TEDH y considerada elemento del *Derecho y práctica internos pertinentes* (pár. 33).

⁶⁹ Entre las decisiones relevantes de la Comisión, *vid.* Decisión de 9 de febrero de 1990, *CM & Co./ República Federal de Alemania*, núm. 13258/87, en la que se reconoce como satisfactoria en general la protección pretoriana de derechos humanos en el marco del Derecho comunitario. La doctrina no suele plantearse la cuestión que acabamos de suscitar. A la hora de enunciar los propósitos de su trabajo sobre la relación entre estos dos Tribunales y de éstos con los Tribunales Constitucionales nacionales, G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, Presidente del TJCE, y A. VALLE GÁLVEZ, afirman que «en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se plantea la actitud de éste ante el Derecho comunitario, sino la actitud del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos» (cit., p. 332). En general, la cuestión se difiere a la hipótesis de que la Comunidad Europea en tanto que tal se adhiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos, hipótesis que, según el Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, no puede producirse sin una previa modificación del Tratado CE que amplíe a tal efecto las competencias de la Comunidad Europea. *Vid.* un estudio sobre el alcance del Dictamen en *ibid.*, pp. 339 y ss., así como una razonada crítica en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, núm. 3, 1996, pp. 817 y ss.

⁷⁰ En materia de derechos humanos, las sentencias del TJCE constituyen una interpretación indirecta, y al menos parcial, de las Constituciones de los Estados Miembros. Esas sentencias del TJCE son inatacables en tanto que tales ante el TEDH, pero la aplicación singular del Derecho comunitario tal y como se integra en el Derecho interno no es ya un acto atribuible a una Organización Internacional que no ha ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino a un Estado que

TEDH alegando que la sentencia sobre el fondo dictada por el *Industrial Tribunal*, inatacable en Derecho interno por lo que respecta a la *transcripción estatal* de la interpretación del Derecho comunitario realizada por el TJCE, constituye una violación del Convenio atribuible al Reino Unido. Aun en la hipótesis de que el TEDH hubiera incluido la identidad sexual entre los motivos de discriminación prohibidos por el artículo 14 del Convenio, esa disposición no es *autónoma*, sino que juega en relación (horizontal) con los derechos reconocidos en el Convenio⁷¹, y el único derecho reconocido por el Convenio en el ámbito laboral es la libertad sindical del artículo 11.1. Sólo parece quedar expedita, y no sin dificultades, la vía del artículo 8 del Convenio.

En todo caso, el eventual reconocimiento por el TEDH de la no discriminación por razón de la identidad sexual mediante una interpretación extensiva del artículo 14, al menos si ese reconocimiento no excluye de modo incoherente a las personas cuya identidad sexual no está en conflicto con su sexo orgánico, debiera producir en la práctica la «anulación» de los efectos del fallo emitido por el TJCE en el *Asunto Grant*. Por lo que respecta a aquéllos de los 15 Estados de la Unión que no hubiesen adaptado previamente su Derecho interno, el pronunciamiento del TEDH debiera llegar a constituir un criterio interpretativo de rango constitucional⁷². Ningún Tri-

sí lo ha hecho. Otra cosa sería sustraer progresivamente al Estado, a medida que avanza el Derecho comunitario, del control establecido en virtud del Convenio. La inhibición del TEDH en la confianza de que el TJCE respete y aplique el Convenio, que supone la progresiva sustracción de la competencia del primero en favor del segundo, no está en modo alguno prevista en el Convenio y carece por ello de los imprescindibles mecanismos que resuelvan eventuales conflictos jurisdiccionales sobre la interpretación del Convenio.

⁷¹ *Vid.*, en particular, fundamento jurídico 75 de la Sentencia citada en el *Asunto Sheffield y Horsham contra Reino Unido*.

⁷² Tal y como afirma C. RUIZ MIGUEL respecto del Estado implicado en un asunto ante el TEDH, «los órganos jurisdiccionales internos deben adaptarse a la interpretación del TEDH, esto es, deben aceptar el efecto de cosa interpretada de sus sentencias. En el caso de los Estados en los que el Convenio ha sido asumido por el Derecho interno, bien por aplicación directa o en virtud de una ley, esa aceptación es una obligación jurídica. En el caso de los demás Estados en los que el Convenio no tiene carácter de norma de aplicación directa, el efecto de cosa interpretada en el Derecho interno se produce por una razón de prudencia para no comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión evitando denuncias de individuos que se consideren víctimas de la violación de su derecho, tal y como es interpretado por el TEDH». Y prosigue el autor, «es claro que, a la luz de ese precedente, los ciudadanos de un tercer Estado (que naturalmente, sea parte en el Convenio) pueden impugnar ante los órganos europeos, con grandes posibilidades de éxito, normas o decisiones generadas en ese tercer Estado que resulten más o menos idénticas a las que anteriormente fueron declaradas contrarias al Convenio en el primer Estado parte» (*La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 54 y 55).

bunal Constitucional podría limitar a los derechos humanos contemplados en el Convenio una ampliación del principio *horizontal* de no discriminación, de modo que se vería abocado a *trasladar* la ampliación al marco general de la Constitución cuya interpretación le ha sido atribuida y, por ende, a las normas de Derecho comunitario tal y como se integren y apliquen en el Derecho interno. Sólo de este modo indirecto, desorbitante y complejo, el TEDH podría remediar en cada uno de los Estados de Unión Europea los efectos discriminatorios de la contradictoria *ratio* entre la Sentencia TJCE en el *Asunto Grant* y la jurisprudencia TJCE implícita en el *Asunto P./S.* En tal caso, la «rebelión razonada» que consiste en *constitucionalizar* la jurisprudencia implícita del TJCE por razón de su carácter más favorable para las personas vendría a ser una especie de «imposición indirecta» de la jurisprudencia TEDH.

* * *

Poco tiempo antes de que el presente volumen de *Derechos y Libertades* sea enviado a la imprenta, el TEDH daba otra *vuelta de tuerca* a la ya compleja cuestión de la protección de los homosexuales en Europa, y en particular en los Estados de la Unión Europea. Con la misma fecha de 27 de setiembre de 1999, las Sentencias *Lustig-Prean* y *Beckett contra el Reino Unido* y *Smith y Grady contra el Reino Unido* contienen un mismo pronunciamiento: «the Court finds that neither the investigations conducted into the applicants' sexual orientation, nor their discharge on the grounds of their homosexuality in pursuance of the Ministry of Defence policy, were justified under article 8.2 of the Convention»⁷³. El Tribunal demuestra así

⁷³ Párrafo 104 de la primera Sentencia citada (Demandas núms. 31417/96 y 32377/96) y párrafo 111 de la segunda (Demandas núms. 33985/96 y 33986/96), ambas dictadas por la Sección Tercera del Tribunal constituida en Sala, y por ende susceptibles de «recurso» ante la Gran Sala en el plazo de tres meses y en las demás condiciones establecidas en el artículo 43.1 del Convenio. La Sentencia *Smith y Grady* —y no otra puede ser la razón del modo en que se acumulan las cuatro demandas en dos asuntos— considera igualmente probada la violación del artículo 13 del Convenio, una vez constatada la inexistencia de remedio judicial efectivo en el Reino Unido, teniendo especialmente en cuenta que cinco jueces británicos habían afirmado el carácter injustificado («not justified») de la política del Ministerio de Defensa consistente en excluir a los homosexuales del ejército, al tiempo que reconocían la imposibilidad de acotar en el *common law* la discrecionalidad del Gobierno (cfr. en particular, pár. 133). Por lo demás, la jurisprudencia explícita en la Sentencia *Grant* y la doctrina del «acto claro» impiden por el momento cualquier atisbo de solución. La propia Sentencia del TEDH *Smith y Grady*

una especial audacia en su tarea de determinar el alcance del artículo 8 del Convenio. La clave de ambos fallos consiste, por un lado, en considerar que ciertas conductas de las autoridades públicas basadas en la orientación sexual de las personas suponen una violación del derecho a la vida privada por cuanto no encuentran justificación entre las causas enumeradas de modo exhaustivo, y sólo aplicables respecto de conductas de las autoridades públicas, en el párrafo 2 del propio artículo 8⁷⁴. En este sentido, las conductas semejantes de los particulares ni siquiera pueden ampararse en tales justificaciones, de modo que aquéllas que no hayan sido consideradas violatorias del derecho a la vida privada, o de cualquier otro derecho constitucionalmente reconocido, por las jurisdicciones internas pueden dar en adelante origen, previa demanda, a sentencias condenatorias del TEDH. Por otro lado, la clave de ambos fallos, y tal vez su mayor audacia, consiste en considerar que son igualmente y por ende atentatorias contra el Convenio las repercusiones que esa *violación originaria* pueda tener en el ámbito sociolaboral de las personas, aun cuando no estén específicamente contemplados en el Convenio los derechos sociolaborales afectados.

El TEDH no considera necesario examinar si las conductas infractoras lo son además a la luz y en relación con el artículo 14 del Convenio, desaprovechando la oportunidad de realizar una ampliación *horizontal* del principio de no discriminación por razón de sexo en el marco del Convenio⁷⁵. Sin embargo, la *técnica jurídica* —que puede criticarse desde premi-

(cfr. pár. 45 a 48) se hace eco del desistimiento de la *High Court* británica respecto de una cuestión prejudicial dirigida al TJCE relativa a la aplicabilidad de la Directiva sobre la igualdad de trato a las diferencias de trato basadas en la orientación sexual (*R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*); presentada la cuestión el 13 de marzo de 1997, el TJCE pidió a la *High Court* el 2 de marzo de 1998 que se pronunciase sobre la necesidad de mantener el procedimiento [la Sentencia *Grant* había sido dictada el 17 de febrero de 1998], provocando su desistimiento el 13 de julio de 1998.

⁷⁴ Según esa disposición, «[n]o podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». A lo largo de las Sentencias, el Tribunal desestima las justificaciones relevantes, alegadas por el Reino Unido, y lo hace respecto de un ámbito tan intimamente vinculado al núcleo de la soberanía como es la política de seguridad nacional y defensa.

⁷⁵ En el fallo de la Sentencia *Lustig-Prean y Beckett*, y una vez constatada la infracción del artículo 8, se afirma que resulta innecesario pronunciarse sobre la violación del artículo 14 en relación con el 8, mientras que la misma afirmación se realiza en el fallo de la Sentencia *Smith y Grady* respecto de la eventual violación del artículo 14 en relación con el 10 (derecho a la libertad de expresión) en supuestos de restricción de derechos relacionada con la voluntaria expresión de la propia orientación sexual (*vid.* en particular pár. 126 y 127).



sas antes expuestas— de ningún modo altera en este caso el *resultado*. La ampliación del alcance del derecho a la vida privada hasta incluir la prohibición de conductas basadas en la orientación sexual de las personas supone, en efecto, la proscripción *general* de la discriminación por razón de la orientación sexual, a salvo las restricciones singulares que puedan resultar de la colisión de este derecho ampliado en favor de los homosexuales con los demás derechos del Convenio o con otros ámbitos —pensemos en el caso de la adopción por parejas homosexuales— de la vida privada y familiar. Respecto del matrimonio, el TEDH se había pronunciado ya, como se indicó, en contra de su extensión a las parejas del mismo sexo biológico, pero no es fácil pergeñar los argumentos que permitiesen al Tribunal mantener ese pronunciamiento respecto de futuros asuntos a la luz del cambio cualitativo obrado en su jurisprudencia.

En términos jurídicos estrictos, las sentencias del TEDH, siendo sólo obligatorias respecto del caso concreto, se limitan a ofrecer un relevante criterio interpretativo a los Tribunales Constitucionales. Ese criterio, en lo que nos concierne, fortalece la necesidad de dar carta de naturaleza constitucional a la jurisprudencia comunitaria que, en favor de los homosexuales, implícitamente emana de la Sentencia *P./S.* del TJCE. En adelante, los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros de la Unión Europea que no acometan esa «razonada rebelión» contra el TJCE deben asumir el elevado riesgo de *generar* sentencias del TEDH que, en cada caso de la eventual serie de denuncias, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. La cuestión de la *orientación sexual*, que no deja de ser en nuestra opinión una *falsa cuestión*, ha logrado así romper las cuerdas siempre tensas de la protección de derechos humanos en los quince Estados de la Unión Europea. Tres *monopolios de interpretación jurídica* respecto de cada Estado, y sus correspondientes perspectivas no concéntricas que dan lugar a intersecciones y superposiciones respecto de la interpretación de declaraciones equiparables de derechos humanos expresadas en un solo instrumento o —caso del monopolio indirecto que se atribuye el TJCE— elaboradas jurisprudencialmente a partir de diversos instrumentos, son demasiados monopolios para resolver un mismo supuesto. Sobre todo cuando los derechos humanos de cuya interpretación se trata constituyen un *corpus* inseparable e interdependiente que además sólo despliega su eficacia y revela su verdadero alcance mediante la interpretación jurisprudencial.

Aunque los pronunciamientos realizados por cada uno de los tres monopolios de interpretación respecto de casi los mismos derechos persigan un mismo objetivo de protección de las personas, el carácter excluyente de tales pronunciamientos conduce a un *callejón sin salida jurídica* no sólo desde concepciones teóricas del problema. La cuestión de la protección de los homosexuales en la Unión Europea es sólo un primer ejemplo. A mi entender, el Convenio Europeo de Derechos Humanos incluye, como tantos otros instrumentos internacionales, una fórmula capaz de superar la incompatibilidad de los monopolios: según su artículo 53, «[n]inguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en que ésta sea parte». Ninguna otra solución se me alcanza, y tampoco creo que exista mejor manera de servir al proclamado objetivo de proteger los derechos humanos. Así, el órgano jurisdiccional que, desde una posición preeminente en cualquier marco jurídico, acometa la delicada tarea de interpretar el alcance de los derechos humanos, incluidos tanto los Tribunales Constitucionales como el indómito TJCE, habría de dejar siempre a salvo en su propia jurisprudencia cualesquiera otras interpretaciones más favorables que sean de aplicación en el caso concreto. El internacionalista no concibe que ello pueda considerarse contrario a principios constitucionales o comunitarios más elevados que el principio de respeto a la dignidad de la persona, y soy consciente de que cada tribunal en la cúspide de un orden jurídico tiene que demostrar cada día la necesidad de su privilegiada existencia.

